

gehalten, die Voraussetzungen des § 1576 BGB seien zu prüfen, sofern die Zubilligung eines Unterhaltsanspruchs wegen Krankheit lediglich am Einsatzzeitpunkt scheitere (vgl. *Senatsurt.* v. 31.1.1990 – XII ZR 36/89 –, *FamRZ* 1990, 496, 499 und v. 23.3.1983 – IVb ZR 370/81 –, veröffentlicht bei *Juris*) und die zusätzliche Voraussetzung der groben Unbilligkeit erfüllt sei. Insofern dürfte es der Heranziehung der genannten Bestimmung nicht entgegenstehen, wenn eine krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit nicht bereits zu einem der in § 1572 BGB genannten Einsatzzeitpunkte vorlag. Anders als andere Unterhaltstatbestände sieht § 1576 BGB Einsatzzeitpunkte nicht vor. Der *Senat* neigt allerdings mit einer verbreiteten Auffassung im Schrifttum dazu, dass es sachgerecht erscheint, den Umstand, dass ein nach der Scheidung mit einem Unterhaltsanspruch nicht belasteter Ehegatte mit fortschreitender Dauer immer weniger mit einer Inanspruchnahme auf Unterhalt zu rechnen braucht, bei der zu treffenden Billigkeitsentscheidung zu berücksichtigen (vgl. hierzu etwa *Schwab/Borth*, a.a.O., Kap. IV Rn 368; *Johannsen/Henrich/Büttner*, *Eherecht*, 3. Aufl., § 1576 Rn 5; *Soergel/Häberle*, a.a.O., § 1576 Rn 7; *MünchKomm/Maurer*, a.a.O., § 1576 Rn 17; *Göppinger/Bäumel*, a.a.O., Rn 1008; anderer Ansicht: *Kaltboener/Büttner/Niepmann*, a.a.O., Rn 455).

*Anm. der Red.:* Zur Entscheidung findet sich eine *Anm.* von *Büttner* in *FamRZ* 2003, 1830.

### **Auswirkungen der schematisierenden Regelung des Stichtagsprinzips beim Zugewinnausgleich**

§ 1375 Abs. 1 S. 1 BGB

**BGH**, *Urt.* v. 27.8.2003 – XII ZR 300/01 –\*  
(OLG Hamburg)

### **Zur Berücksichtigung laufenden Einkommens, das am Stichtag in Form von Bar- oder Bankguthaben vorhanden ist, beim Endvermögen.**

*Tatbestand:* Durch *Urt.* des AG – Familiengericht – H v. 25.6.1999 wurde die Ehe der Parteien geschieden; insoweit ist das *Urt.* mit Ablauf des 24.9.1999 rechtskräftig geworden. Ferner wurde über das Sorgerecht für die drei Kinder der Parteien entschieden, der Versorgungsausgleich durchgeführt und der AGg zu monatlichen Unterhaltszahlungen für die ASt und die Kinder verurteilt. Außerdem wurde er verurteilt, an die ASt einen Zugewinnausgleich von 4.044,99 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen.

Im Revisionsverfahren streiten die Parteien noch um den Zugewinnausgleich; sie halten die jeweils andere Partei für ausgleichspflichtig.

Unstreitig hatten beide Parteien kein Anfangsvermögen. Zum Stichtag 28.11.1997 (Zustellung des Scheidungsantrags) waren sie zu je 1/2 Miteigentümer eines Hausgrundstücks, dessen Wert sie übereinstimmend mit 650.000 DM angegeben haben. Unstreitig sind ferner zwei Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der H.er Sparkasse und der Wohnungsbaukreditanstalt, die sich zum Stichtag für beide Parteien auf jeweils 56.231,01 DM und 47.109,17 DM beliefen. Unstreitig ist ferner, dass dem AGg ein PKW gehörte, der am Stichtag einen Wert von 3.965 DM (nicht: 3.963 DM) hatte, und dass sein Girokonto zum Stichtag ein Guthaben von 4.124,97 DM aufwies. Das Berufungsgericht ist daher – dem AG folgend – von einem um 3.965 DM + 4.124,97 DM = 8.089,97 DM höheren Zugewinn des AGgs ausgegangen und hat dessen Berufung auch insoweit zurückgewiesen, als er zur Zahlung der Hälfte dieses Betrages

= 4.044,99 DM nebst Zinsen an die ASt verurteilt worden ist.

Dagegen richtet sich die Revision des AGgs, mit der er seinen Antrag weiterverfolgt, die Entscheidung des AG über den Zugewinnausgleich dahingehend abzuändern, dass die ASt verurteilt wird, an ihn einen Zugewinnausgleich i.H.v. 110.517,50 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Insoweit macht die Revision geltend, bei der Berechnung des Endvermögens des AGgs habe das Berufungsgericht zu Unrecht Darlehensverbindlichkeiten i.H.v. 225.000 DM nicht berücksichtigt, nämlich 125.000 DM, die er von seinem Bruder E G und 100.000 DM, die er von dem Bruder seiner Schwägerin, J O, zur Finanzierung des Hauses erhalten habe. Ferner sei das Guthaben auf seinem Girokonto per 28.11.1997 zu Unrecht als Endvermögen berücksichtigt worden, da er davon die zum 1.12.1997 fälligen Unterhaltsforderungen und die zum Ende des 4. Quartals 1997 fälligen Kapitaldienstleistungen für seine Bankverbindlichkeiten habe begleichen müssen. Daraus ergebe sich ein um 225.000 DM – 3.965 DM (PKW) = 221.035 DM höherer Zugewinn der ASt, mithin ein Anspruch auf Zugewinnausgleich i.H.v. 110.517,50 DM.

*Entscheidungsgründe:* Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurts. und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Beide Vorinstanzen sind von der Geltung deutschen Ehegüterrechts ausgegangen. Dies wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen und hält der rechtlichen Prüfung im Ergebnis stand.

Zwar waren die Parteien nach den getroffenen Feststellungen noch türkische Staatsangehörige, als sie 1976 bzw. 1978 als Asylbewerber nach Deutschland kamen und 1984 dort heirateten. Sie wurden erst 1989 eingebürgert.

Artt. 220 Abs. 2 S. 5, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB, denen zufolge in einem solchen Fall grundsätzlich türkisches Ehegüterrecht maßgebend ist, das keinen Zugewinnausgleich kennt, sind indes nicht anzuwenden, da den Asylanträgen der Parteien nach den getroffenen Feststellungen stattgegeben wurde.

Anerkannte Asylbewerber haben gem. § 2 Abs. 1 AsylVfG die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention, *BGBI.* 1953 II 559), und zwar auch schon für die Zeit vor der (nicht konstitutiven) Asylentscheidung (vgl. *Palandt/Heldrich*, *BGB*, 62. Aufl., Anhang zu Art. 5 EGBGB Rn 31), so dass es auf deren vom Berufungsgericht nicht festgestellten Zeitpunkt nicht ankommt. Art. 5 Abs. 2 EGBGB ersetzt für diesen Personenkreis allgemein die Staatsangehörigkeit durch das Personalstatut des Art. 12 der Konvention (vgl. *Staudinger/v. Bar/Mankowski*, *BGB* [1996], Art. 14 EGBGB Rn 33), das sich nach ihrem gewöhnlichen Aufenthalt richtet, hier also: Deutschland (vgl. *Palandt/Heldrich*, a.a.O., Art. 14 EGBGB Rn 7 a.E.).

II. Zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Berechnung des Endvermögens des AGgs auch das zum Stichtag (28.11.1997) vorhandene Guthaben auf seinem Girokonto (4.124,97 DM) berücksichtigt. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dieser Betrag sei dem Endvermögen nicht hinzuzurechnen, weil die drei Tage später fällig werdenden Unterhaltszahlungen für Dezember 1997 i.H.v. 2.200 DM sowie die zum Ende des vierten Quartals 1997 fällig werdenden Kapitaldienstleistungen i.H.v. 2.692 DM für die beiden Bankdarlehen aus diesem Kontoguthaben hätten bestritten werden müssen.

1. Die erst nach dem Stichtag fällig werdenden Tilgungs- und Zinsbelastungen aus den beiden Darlehen der H.er

\* *Anm. der Red.:* Die Entscheidung ist zur Veröffentlichung in *BGHZ* vorgesehen.

Sparkasse und der Wohnungsbaukreditanstalt hat das Berufungsgericht zutreffend weder als Verbindlichkeiten berücksichtigt, die das Endvermögen des AGs mindern, noch als einen Umstand, der es rechtfertigt, das am Stichtag vorhandene Kontoguthaben des AGs in entsprechender Höhe nicht als Teil seines Endvermögens anzusehen. Denn die Darlehensverbindlichkeiten sind mit ihren zum Stichtag jeweils noch offenen Salden bereits zutreffend berücksichtigt worden; zumindest hat der AGg nicht vorgetragen, die bis zum Stichtag aufgelaufenen anteiligen Zinsen seien in diesem Betrag noch nicht enthalten. Ein darüber hinausgehender Abzug künftig fällig werdender Zins- und Tilgungsleistungen widerspräche dem Stichtagsprinzip und würde auf eine doppelte Berücksichtigung der Darlehensverbindlichkeiten hinauslaufen.

Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen würde, könnte dies am Ergebnis nichts ändern. Denn auch die ASt war aus den von beiden Parteien gemeinsam aufgenommenen Darlehen mit Kreditverbindlichkeiten in gleicher Höhe belastet. Wären die erst nach dem Stichtag fälligen Zins- und Tilgungsverbindlichkeiten, soweit sie auf den AGg entfallen, als dessen Endvermögen mindernd zu berücksichtigen, hätte die andere, auf die ASt entfallende Hälfte entsprechend auch bei der Berechnung ihres Endvermögens berücksichtigt werden müssen, so dass sich der Betrag, um den der Zugewinn einer Partei höher ist als der der anderen, hierdurch im Ergebnis nicht verändert hätte.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch die zum 1.12.1997 fällig werdenden Unterhaltszahlungen des AGs bei der Berechnung seines Endvermögens zum Stichtag nicht als das Endvermögen mindernde Verbindlichkeit angesehen.

Bereits entstandene Verbindlichkeiten sind zwar grundsätzlich auch dann, wenn sie am Stichtag noch nicht fällig sind, als Verbindlichkeiten i.S.d. § 1375 Abs. 1 BGB anzusehen, die das Endvermögen mindern. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt für Dauerschuldverhältnisse (vgl. MünchKommBGB/Koch, § 1375 Rn 11). Insbesondere ist die Unterhaltspflicht nicht als einheitliche, sondern als eine sich ständig erneuernde, erst beim Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen zur Entstehung gelangende Verbindlichkeit aufzufassen, die mit jeder Zeiteinheit, in der ihre Voraussetzungen vorliegen, von neuem entsteht (vgl. *Senatsurt.* BGHZ 85, 16, 25 und 82, 246, 250 ff.). Rechtsverhältnisse, die wiederkehrende Ansprüche auf Unterhaltsleistungen vermitteln, sind daher im Rahmen des § 1375 BGB bei der Berechnung des Endvermögens des Unterhaltsberechtigten nicht zu berücksichtigen, soweit sie künftiges Einkommen vorwegnehmen und ihre Berücksichtigung den Zugewinnausgleich in die Zeit nach der Beendigung des Güterstandes verlängern würde (vgl. BGH, *Urt.* v. 3.10.1979 – IV ZR 103/78 –, NJW 1980, 229 m.N.). Umgekehrt mindern auch Unterhaltsverpflichtungen das Endvermögen des Unterhaltspflichtigen nur insoweit, als sie am Stichtag bereits fällig sind (vgl. auch OLG Frankfurt FamRZ 1990, 998 und OLG Celle FamRZ 1991, 944, 945).

Soweit die Revision geltend macht, mit Rücksicht auf den drei Tage nach dem Stichtag fällig werdenden Unterhalt dürfe andererseits aber das am Stichtag vorhandene Kontoguthaben nicht als beim Endvermögen zu berücksichtigender Vermögenswert angesehen werden, weil und soweit es zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit benötigt werde, läuft dies – selbst bei unterstellter entsprechender Zweckbindung des Guthabens – auf den Versuch hinaus, eine beim Zugewinnausgleich nicht zu berücksichtigende künftige Verbindlichkeit auf dem Umweg der „Verrechnung“ mit am Stichtag vorhandenen und deshalb beim Zugewinn zu berücksichtigenden Bankguthaben doch noch als den Zugewinn mindernd geltend zu machen.

Auch dies ist weder mit dem Stichtagsprinzip zu vereinbaren noch mit dem Grundsatz, dass beim Zugewinnausgleich unter Lebenden zum Endvermögen alle objektivierbaren Werte gehören, die bei einem für den Bewertungsstichtag unterstellten Erbfall auf die Erben übergehen würden (vgl. BGHZ 82, 145, 147 m.N.). Es lässt sich auch nicht mit der Begründung rechtfertigen, anderenfalls habe der ausgleichs- und unterhaltsberechtigte Ehegatte auf zweifache Weise an diesem Kontoguthaben teil: zum einen über den Zugewinnausgleich und zum anderen über den Unterhalt, der wenig später aus dem Guthaben zu zahlen sei.

a) Abgesehen davon, dass der AGg nicht vorgetragen hat, das Guthaben auf seinem Girokonto resultiere aus laufendem Einkommen, das der Bestreitung des Lebensunterhalts für ihn selbst und die ihm gegenüber Unterhaltsberechtigten für den laufenden, am Stichtag noch nicht abgeschlossenen Zeitabschnitt bestimmt sei, trifft das Argument einer doppelten Teilhabe des ausgleichs- und unterhaltsberechtigten Ehegatten auf den am 1.12.1997 fällig werdenden Kindesunterhalt und den vom AGg selbst für Dezember 1997 benötigten Lebensunterhalt ohnehin nicht zu.

Aber auch der nach dem Stichtag fällig werdende Ehegattenunterhalt steht der Berücksichtigung des am Stichtag vorhandenen Kontoguthabens im Endvermögen nicht entgegen, und zwar auch nicht, soweit er aus diesem Guthaben zu begleichen sein mag.

b) Richtig ist zwar, dass ein güterrechtlicher Ausgleich grundsätzlich nicht stattzufinden hat, wenn und soweit eine Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, zugunsten des anderen Ehegatten auszugleichen ist (vgl. *Senatsurt.* v.11.12.2002 – XII ZR 27/00 –, FamRZ 2003, 432, 433\*).

Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. So ist anerkannt, dass auch Unterhaltsrückstände das Endvermögen des Unterhaltspflichtigen mindern. Erweist sich dieser Rückstand in der Folgezeit als nicht betreibbar, führt dies dazu, dass der unterhaltsberechtigte Ehepartner als in doppelter Weise benachteiligt angesehen werden kann, nämlich einerseits durch die Schmälerung seines Zugewinnausgleichsanspruchs wegen eines ihm zustehenden Unterhalts, den er andererseits nicht erhält. Ebenso kann sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte gegen die Berücksichtigung am Stichtag noch bestehender Verbindlichkeiten des Ausgleichspflichtigen bei dessen Endvermögen nicht mit der Begründung wehren, er habe wegen dieser Verbindlichkeiten bereits eine Reduzierung seines Unterhaltsanspruchs hinnehmen müssen. Denn ein etwaiger Einfluss der Schuldenlast auf die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hat mit dem Vermögensausgleich des § 1378 BGB nichts zu tun (vgl. *Senatsurt.* v. 23.4.1986 – IVb ZR 2/85 –, NJW-RR 1986, 1325).

c) Wegen des für den Zugewinnausgleich geltenden starren Stichtagsprinzips, mit dem das Gesetz eine schematische Saldierung über einen regelmäßig mehrere Ehejahre umfassenden Zeitraum vorsieht, sind auch zufällige geringfügige zeitliche Überschneidungen – hier in der Größenordnung bis zu einem Monat – zwischen den einerseits für den Zugewinnausgleich und andererseits für den laufenden Unterhalt maßgeblichen wirtschaftlichen Verhältnissen hinzunehmen, weil sie sich in Massenfällen dieser Art auf praxisgerechte Weise nicht vermeiden lassen. Solche Überschneidungen ergeben sich notwendigerweise unter anderem stets dann, wenn der Stichtag zwischen dem Monatsersten, an dem die Unterhaltsverpflichtung für den laufenden Monat fällig wird, und dem Zeitpunkt liegt, an

\* *Ann. der Red.:* FF 2003, 65.

dem das laufende Einkommen fällig wird, das der Unterhaltspflichtige für diesen Monatszeitraum bezieht.

Entgegen einer verschiedentlich vertretenen Auffassung (vgl. *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 3. Aufl., § 1375 BGB Rn 4, § 1374 BGB Rn 9; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl., Kap. VII Rn 34) muss daher auch hingenommen werden, dass bereits bezogenes laufendes Einkommen, das am Stichtag in Gestalt eines Bar- oder Kontoguthabens noch vorhanden ist, dem Zugewinnausgleich auch insoweit unterliegt, als es den laufenden Lebensunterhalt für einen Monatszeitraum zu decken bestimmt ist, der am Stichtag noch nicht abgelaufen ist (im Gegensatz zu Vorschüssen, soweit sie für darüber hinausgehende Zeiträume geleistet werden wie etwa der Vorschuss, den ein Schriftsteller für einen noch zu schreibenden Roman erhält). Ebenso ist im umgekehrten Fall hinzunehmen, dass die am Stichtag bereits fällige Unterhaltsverpflichtung für den laufenden Monat das Endvermögen auch dann in vollem Umfang mindert, wenn dieser Monatszeitraum am Stichtag noch nicht abgelaufen ist, während das laufende Einkommen, das unter anderem diesen Bedarf zu decken bestimmt ist, dem Endvermögen nicht zuzurechnen ist, weil es erst nach dem Stichtag fällig wird.

Dies ergibt sich auch aus § 1381 BGB, aus dem ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber nachteilige Auswirkungen, die sich aus der schematisierenden Regelung des Stichtagsprinzips ergeben können, hinzunehmen bereit ist und nur bei grob unbilligen Ergebnissen eine Korrekturmöglichkeit vorsieht.

Aus alledem folgt auch hier, dass das Kontoguthaben des AGs in vollem Umfang dem Zugewinnausgleich unterliegt.

III. Mit Erfolg rügt die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, das Endvermögen des ASt sei nicht um den Betrag von 225.000 DM gemindert, da er nicht hinreichend substantiiert vorgetragen habe, dass ihm E G und J O Darlehen in dieser Gesamthöhe für die Errichtung des Familieneigenheims gewährt hätten. Insoweit habe das Berufungsgericht die Anforderungen an die Darlegungslast verfahrensfehlerhaft verkannt.

Das Berufungsgericht hat die Revision wegen der Frage zugelassen, ob an die prozessuale Darlegungspflicht der Parteien wegen ihrer Zugehörigkeit zur Volksgruppe der aramäischen Christen und mit Rücksicht auf deren besondere Gepflogenheiten, namentlich unter Familienangehörigen keine schriftlichen Vereinbarungen zu treffen und auch größere Transaktionen bar abzuwickeln, geringere Anforderungen zu stellen seien. Auf diese Frage, die unter Hinweis auf die für alle Rechtssuchenden gleichermaßen geltende *lex fori* zu verneinen ist, kommt es indes nicht an; derartige Gepflogenheiten können allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, von der das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – im Gegensatz zur Vorinstanz abgesehen hat.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, der AGg habe die Entstehung von Darlehensverpflichtungen i.H.v. 225.000 DM nicht hinreichend dargelegt, vermag der Senat nicht zu folgen. Insbesondere lässt sie sich nicht – wie geschehen – damit begründen, es verblieben so viele offene Fragen, dass die ASt darauf verwiesen sei, den Vortrag des AGs pauschal zu bestreiten, ohne auf nachprüfbar Einzelheiten der Darlehenshingabe eingehen zu können.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist Sachvortrag dann schlüssig und damit erheblich, wenn er Tatsachen beinhaltet, die i.V.m. einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten, die den Zeitpunkt und Ablauf bestimmter Ereignisse betreffen, ist nicht erforderlich, soweit

diese Einzelheiten für die Rechtslage nicht von Bedeutung sind (vgl. BGH, Urt. v. 1.2.1995 – V ZR 265/93 –, NJW-RR 1995, 724, 725 und v. 8.5.1992 – V ZR 95/91 –, BGHR ZPO § 138 Abs. 1 Darlegungslast 2).

Diesen Anforderungen genügen die Behauptungen des AGs. Er hat vorgetragen und unter Beweis gestellt, zur Finanzierung des Hauses von seinem Bruder E G ein Darlehen von insgesamt 125.000 DM und durch dessen Vermittlung von J O ein weiteres Darlehen von insgesamt 100.000 DM erhalten und beide bis zum Stichtag nicht zurückgezahlt zu haben. Beide Darlehen seien ihm durch seinen Bruder bar und entsprechend dem Baufortschritt des Hauses in den Jahren 1990 und 1991 in Teilbeträgen zwischen 20.000 und 50.000 DM ausgezahlt worden. Damit wird ein Sachverhalt behauptet, der die Voraussetzungen der Entstehung von Darlehensverbindlichkeiten in dieser Höhe nach § 607 Abs. 1 BGB a.F. erfüllt.

Auf die weiteren vom Berufungsgericht zur Substantiierung für erforderlich gehaltenen Umstände im Einzelnen, namentlich die präzise Angabe der jeweiligen Teilbeträge und des Zeitpunkts ihrer Auszahlung, deren Relation zum jeweiligen Baufortschritt sowie die Herkunft der von den Darlehensgebern gewährten Geldbeträge, kommt es für die Rechtsfolge nicht an. Sie mögen – ebenso wie die einerseits vom Berufungsgericht aufgezeigten Zweifel hinsichtlich der Datierung der vorgelegten Bestätigungen und andererseits die von ihm aufgeworfene Frage, wie anders als durch die behaupteten Darlehen der Hausbau finanziert worden sein soll – für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen der vom Familiengericht vernommenen Zeugen von Bedeutung sein, die indes dem Tatrichter vorzubehalten ist, so dass das Revisionsgericht nicht selbst in der Sache entscheiden kann.

Die Sache war daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die erhobenen Beweise – gegebenenfalls nach erneuter Vernehmung der Zeugen – würdigen kann.

■ **Anmerkung:** Beide Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob und ggf. wie Vermögensbeträge sowohl beim Unterhalt als auch beim Zugewinnausgleich berücksichtigt werden können. Diese alltäglich auftauchende Problematik wird in der Praxis völlig unterschätzt.

1.) Kontoguthaben resultieren oftmals aus Einkommen des Unterhaltsschuldners. Damit ergibt sich folgendes Problem: Der Unterhalt wird mit einer prozentualen Quote (in der Regel 3/7) errechnet. Nimmt der Gläubiger schon über diese Quote am Einkommen teil, partizipiert er zusätzlich an dem Vermögenswert über den Zugewinn, wenn dieser am Stichtag noch auf dem Konto vorhanden ist. Besonders gravierend wird das Problem, wenn Sonderzahlungen (z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Tantiemen), die bei der Unterhaltsberechnung anteilig auf das Jahreseinkommen umgelegt wurden, noch auf dem Konto sind. Mit der Entscheidung BGH FamRZ 2003, 432, 433 = FF 2003, 65 f. (Entscheidung v. 11.12.2002 XII ZR 27/00) hat der BGH die These aufgestellt, ein güterrechtlicher Ausgleich könne dort nicht stattfinden, wo eine Vermögensposition bereits unterhaltsrechtlich berücksichtigt worden sei. Diesen Grundsatz schränkt er jetzt bei Kontoguthaben, die aus Lohnzahlungen oder selbstständigen Einkünften resultieren, ein. Auf das vom Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen bewusst starr entwickelte Stichtagsprinzip wird zurückgegriffen. Zum Endvermögen zählen danach alle objektivierbaren Werte, egal woher sie stammen. Im Ergebnis ist die Entscheidung zu begrüßen. Ansonsten müssten selbst bei relativ geringen Kontobeträgen noch umfangreiche Recherchen zur Herkunft der Beträge durchgeführt werden – ein für die Praxis unpraktikabler Weg. Umgekehrt hat diese Rechtsprechung natürlich folgende Konsequenz: Liegt der

Stichtag unmittelbar nach der Unterhaltszahlung und hat sich beim Unterhaltsberechtigten insoweit ein Plus-, beim Unterhaltspflichtigen ein Minussaldo auf dem Konto ergeben, so sind die Beträge ebenfalls in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen. Diese Argumentation kann sich also auch zu Lasten des Unterhaltsberechtigten auswirken. Genau diese Rechtsfolge entspricht dem Zufallsprinzip des Stichtages. Rückschließend kann man aus § 1381 BGB entnehmen, dass solche (kleinen) Ungerechtigkeiten vom Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen wurden.

Gegen das Ergebnis kann man nicht einwenden, von dem Konto müssten kurze Zeit später die Unterhaltsbeträge gezahlt werden. Zwar müssen Verbindlichkeiten noch nicht fällig sein. Die Unterhaltsverpflichtung ist jedoch ein Dauerschuldverhältnis, bei welchem in jedem Monat der einzelne Unterhalt neu entsteht. Wenn bis zum Stichtag der jeweilige Unterhaltsanspruch noch nicht entstanden ist, kann er auch nicht als zukünftige Verbindlichkeit eingesetzt werden.

2.) Insgesamt wird mit dieser Argumentation die ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach auch zwischen Eheleuten alle schuldrechtlichen Einzelansprüche bestehen können. Der Zugewinnausgleich ist nicht etwa eine gesetzliche Sonderregelung (vgl. BGH FamRZ 1987, 1239, Urt. v. 30.9.1987, IVb 94/86). Gerade deswegen muss immer überprüft werden, ob sich ein Streit über die Höhe der vor dem Stichtag entstandenen Ansprüche überhaupt lohnt. Mancher Prozess, der diese Rechtsfolgen über den Zugewinn nicht beachtet, ist überflüssig (vgl. *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Aufl., Rn 178 ff.).

Interessant ist die vom BGH in diesem Zusammenhang als Argument herangezogene Begründung, wonach in der Rechtsprechung anerkannt sei, dass auch Unterhaltsrückstände in die Zugewinnausgleichsbilanz einfließen. In der Tat wird diese Ansicht verbreitet vertreten (so OLG Hamm FamRZ 1992, 679, Urt. v. 10.10.1991 – 2 UF 5/90 –; OLG Celle FamRZ 1991, 944, Urt. v. 13.12.1990 – 12 UF 139/90). Sie konterkariert allerdings den Zweck des Unterhaltsanspruches. Normalerweise würde der Unterhaltsberechtigte bis zum Stichtag den Betrag verbrauchen. Der Unterhalt dient ja der laufenden Lebenshaltung. Der Unterhaltspflichtige müsste die Beträge aus laufendem Einkommen und nicht aus Vermögen zahlen. Nur das laufende Einkommen ist für die Berechnung des Unterhaltes in der Regel maßgeblich. Zumindest müsste bei größeren Unterhaltsrückständen daran gedacht werden, unter dem Gesichtspunkt des § 1381 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen (vgl. hierzu *Kogel*, MDR 1997, 1000 ff.). Ansonsten ergibt sich folgendes groteske Ergebnis: Hat z.B. der Unterhaltsberechtigte durch zwei Instanzen mühsam Unterhalt erstritten, der bis zum Stichtag noch nicht bezahlt wurde, so wird dieser Unterhalt bei zusätzlich noch vorhandenem Vermögen über den Zugewinnausgleich neutralisiert: Der Unterhalt ist beim Berechtigten Aktiva, beim Verpflichteten Passiva.

Auf jeden Fall sollte man in Fällen, in denen der Unterhaltsschuldner sich seiner Verpflichtung entzieht, überlegen, gem. § 1386 Abs. 1 BGB einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in die Wege zu leiten. Durch die Vorverlegung des Stichtages können Unterhaltsrückstände, die ansonsten in die Bilanz einzustellen sind, nur bis zur Einreichung des vorzeitigen Zugewinnausgleichsantrages auflaufen (vgl. § 1387 BGB).

3.) Wie sieht die Situation nun aber bei Abfindungen aus? Mit der Entscheidung FamRZ 1982, 148 (IX ZR 94/80, Urt. v. 29.10.1981) hat der BGH grundsätzlich die Ansicht vertreten, dass selbst eine Abfindung, die als Verdienstausschüttung gezahlt wird, in den Zugewinnausgleich ein-

zustellen ist. Damit kann aber genau der Effekt eintreten, der in der Entscheidung FF 2003, 65 f. als nicht hinnehmbar angesehen wird: Einkommen wird sowohl beim Unterhalt als auch beim Zugewinnausgleich berücksichtigt. Der Verpflichtete führt letztendlich bis auf einen Betrag von 1/14 den gesamten Vermögenswert an den Unterhaltsberechtigten ab.

In der Entscheidung FF 2003, 65 f. hat der BGH eine Lösung über eine konkludente Zugewinnausgleichsvereinbarung der Parteien gesucht. Mit Abschluss der Unterhaltsregelung zu Beginn des Ehescheidungsverfahrens hätten die Parteien zugleich auf Zugewinnausgleichsansprüche genau wegen dieses Vermögenswertes verzichtet. Tragfähig ist die Begründung allemal nicht. Wie wäre denn die Entscheidung begründet worden, wenn die Parteien sich nicht rechtswirksam zu Protokoll des Gerichts, sondern außergerichtlich über den Unterhalt in privatschriftlicher Urkunde geeinigt hätten? Da die Vereinbarung angeblich zugewinnausgleichsrechtliche Bedeutung haben sollte, war sie beurkundungspflichtig (§ 1378 Abs. 3 S. 2 BGB). Parteien, die nur über den Unterhalt eine Regelung treffen wollen, sind sicherlich überrascht zu hören, sie hätten damit den Zugewinn ausgeschlossen oder alternativ die Unterhaltsvereinbarung sei unwirksam, da damit ja der Zugewinn hätte ausgeglichen werden sollen.

Wie die Problematik von Abfindungen zu lösen ist, erscheint in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor ungeklärt. *Kalthoener/Büttner/Niepmann* (Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., S. 794) ordnen derartige Abfindungen dem Einkommen zu. Wenn sie Lohnersatzfunktion haben, seien sie unterhaltspflichtiges Einkommen. Der Betrag müsse zur Aufstockung des Arbeitslosengeldes oder der Arbeitslosenhilfe bis zum vollen bisherigen Nettogehalt eingesetzt werden. Ggf. sei der Beitrag über einen Zeitraum von einigen Jahren zu verteilen. Damit seien diese Abfindungen dem Zugewinnausgleich entzogen. Wieso dies der Fall sein soll, wird nicht weiter begründet. Das OLG Frankfurt hat in einer Entscheidung (FamRZ 2000, 611 – 6 UF 134/98 –, Urt. v. 24.6.1999) wie folgt entschieden: Zwar stelle die ausgezahlte Abfindung einen Vermögenswert dar. Eine Berücksichtigung zum Stichtag sei notwendig. Sofern der Betrag aber beim Unterhalt eingerechnet sei, komme eine Zahlungsverweigerung gem. § 1381 BGB in Betracht. Sinngemäß könne bei jeder Teilzahlung § 1380 BGB herangezogen werden.

Wie aus der Entscheidung BGH FamRZ 2001, 278 (Urt. v. 15.11.2000 – XII ZR 197/98) zu entnehmen ist, wird der BGH in derartigen Fällen im Ergebnis ähnlich entscheiden. Ohne eine nähere Begründung zu geben, stellt er in einem obiter dictum folgende These auf:

„Wäre die Abfindung zielgerichtet als Ersatz für infolge der Betriebsstilllegung zukünftig entstehenden Lohnausfall und damit als vorweggenommenes Einkommen für einen bestimmten (Übergangs-)Zeitraum geleistet worden, dann unterläge sie – aus diesem Grunde – von vorneherein nicht dem güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns.“

Fazit: Bei Abfindungen ist zu analysieren, ob sie Lohnersatzfunktion haben und ob sie bereits beim Unterhalt berücksichtigt worden sind. Ist dies der Fall, muss eine Doppelberücksichtigung verhindert werden (so auch *Weinreich*, FuR 2003, 387 f.). Wenn die Abfindung hingegen unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt wird, sei es, weil der Berechtigte keinen Unterhaltsanspruch hat oder weil dies keine Ersatzleistung ist, ist sie beim Zugewinn auszugleichen.

Die Rechtsprechung schafft für die Anwaltstätigkeit ein erhebliches Regresspotential. Bereits eine Vereinbarung über den Unterhalt kann nach der Rechtsprechung des BGH einen Zugewinnausgleichsverzicht darstellen. Problematisch ist dies vor allem, wenn der Unterhaltsberechtigte nur zeit-

lich beschränkt nachehelichen Unterhalt verlangen kann (er heiratet erneut; er erzielt durch Erbschaft ausreichende eigeneinkünfte). Wenn die Unterhaltsschiene gewählt wurde, sind Zugewinnausgleichsansprüche möglicherweise wegen Verjährung nicht (mehr) durchsetzbar. Wurde der Zugewinnausgleich gerade wegen der Regelung über den Unterhalt abgelehnt, ist der Gang über § 323 ZPO kaum möglich, da diese Vorschrift wiederkehrende Leistungen voraussetzt. Mit dem Mandanten muss in derartigen Fällen also vorher besprochen werden, ob eine Regelung unterhalts- oder zugewinnausgleichsrechtlich erfolgen soll.

4.) Nach wie vor nicht befriedigend geklärt sind die Fälle, in denen eine Darlehensverbindlichkeit sowohl bei der Unterhaltsberechnung als auch bei der Zugewinnausgleichsbilanz eine Rolle spielt.

Beispiel:

Der Ehemann B schuldet seiner Ehefrau auf Grund eines Urteils Trennungs- und später Scheidungsunterhalt in Höhe von 1.000 EUR. Beim Ehemann ist berücksichtigt worden, dass er ehebedingte gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten i.H.v. monatlich 500 EUR bezahlt. Die Verbindlichkeit valutierte zum Stichtag der Rechtshängigkeit mit 10.000 EUR. Der Ehemann verfügt über weiteres Vermögen von 30.000 EUR, die Ehefrau über solches von 10.000 EUR. Zieht man die Verbindlichkeit beim Vermögen des Ehemanns ab, wäre der Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau wie folgt:

Endvermögen Ehemann 30.000 EUR – 10.000 EUR = 20.000 EUR abzüglich Endvermögen Ehefrau 10.000 EUR, Differenz : 2 = 5.000 EUR.

Dieser Abzug beim Vermögen des Ehemanns ist nach der Rechtsprechung vorzunehmen, da durch das Urteil eine anderweitige Regelung i.S.v. § 426 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB getroffen wurde (vgl. OLG Köln NJW-RR 1994, 899).

In der jetzigen Entscheidung verweist der BGH auf sein früheres Urteil BGH NJW-RR 1986, 1325 = IVb ZR 2/85, Urt. v. 23.4.1986. Dort hatte er festgestellt, dass die Berücksichtigung ehelicher Schulden bei der Verringerung des Unterhaltes ohne Einfluss auf den Vermögensausgleich gem. § 1368 BGB sei. Die zum Stichtag bestehenden Verbindlichkeiten seien bei der Berechnung des Endvermögens voll zu berücksichtigen. Ein derartiges Ergebnis befriedigt nicht. Diese Rechtsprechung läuft darauf hinaus, dass die Ehefrau bis auf einen Restbetrag von 1/14 den gesamten Kredit finanziert. Kann der Ehemann nämlich zum einen im Rahmen des Unterhalts die monatliche Rate abziehen, wird die Ehefrau noch zusätzlich dadurch „bestraft“, dass auf Grund des Stichtagsprinzips die Forderung in vollem Umfang beim Endvermögen des Ehemanns berücksichtigt wird. Jedenfalls bei Schuldbeträgen in größerem Umfang (also nicht etwa nur ein Monatsgehalt) steht die Entscheidung in eindeutigem Widerspruch zu der obigen These, wonach eine Position, die unterhaltsrechtlich bereits berücksichtigt sei, zugewinnausgleichsrechtlich nicht noch einmal herangezogen werden könne. Was für Aktiva gilt, muss in umgekehrter Form auch für Passiva gelten. Wie man einem derartigen Ergebnis entgegenwirken kann, ist offen. Möglicherweise muss auch hier der Weg über § 1381 BGB ggf. analog gegangen werden (vgl. Kogel, MDR 1997, 1000 ff.). Den sichereren Weg geht in dem obigen Beispielfall der Anwalt allerdings dann, wenn er Wert darauf legt, dass die Darlehensverbindlichkeit bei der Ehefrau ebenfalls zu 1/2 als Passiva eingestellt wird. Dies kann er entweder dadurch erreichen, dass der Unterhalt ohne die Darlehensverpflichtung berechnet wird und die Ehefrau dann im Innenverhältnis an den Ehemann den hälftigen Betrag ausgleicht. Alternativ wäre daran zu denken, bei der Unterhaltsberechnung von vornherein darauf hinzuweisen, dass damit keine an-

derweitige Regelung i.S.v. § 426 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB verbunden ist, mit anderen Worten, dass der Ehemann sich den hälftigen Regressanspruch vorbehält. Ist dies nämlich der Fall, muss beim Zugewinnausgleich die Forderung zu je 1/2 auf beiden Seiten eingesetzt werden. So grotesk dies klingt: Folgt man der obigen Rechtsprechung des BGH, schadet sich im obigen Beispielfall die Ehefrau selber, indem sie die Verbindlichkeit ausschließlich beim Ehemann berücksichtigt, sofern dieser über sonstiges Vermögen verfügt. Sie verliert hierdurch nämlich zusätzlich den Zugewinnausgleichsanspruch! Der vermeintliche Vorteil (Nichtbelastung der Ehefrau) verkehrt sich zugewinnausgleichsrechtlich genau in das Gegenteil.

5.) Interessant sind die Ausführungen der Entscheidung schließlich zur Frage der Erheblichkeit des Vortrages zu einer behaupteten Darlehensforderung. Schlüssig ist dieser Vortrag schon dann, wenn die Prozesspartei Tatsachen behauptet, die i.V.m. einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen. Es bedarf bei einem Darlehen damit noch nicht einmal näherer Angaben zum Zeitpunkt und Ablauf der Auszahlung. Mangels Schlüssigkeit kann solcher Vortrag nicht zurückgewiesen werden. Immerhin muss die Prozesspartei sich über eines im Klaren sein: Je vager die Angaben zum Darlehenszweck, zum Zeitpunkt und zur Auszahlung sind, desto geringer ist die Chance, dass ein Gericht selbst nach einer Zeugenvernehmung derartigen Behauptungen Glauben schenkt. Erst recht gilt dies, wenn Darlehen i.H.v. 250.000 DM unter Verwandten in bar gegeben worden sein sollen. Wenn hier nicht präzise Angaben unterbreitet werden, wird nach Durchführung der Beweisaufnahme – dann allerdings mit weitaus höheren Kosten – der Vortrag als nicht bewiesen erachtet werden.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. Walter Kogel, Aachen

*Anm. der Red.:* Zur Entscheidung des BGH s. ferner die Anm. von Schröder, FamRZ 2003, 1547 und den Praxishinweis von Viefhues, ZFE 2003, 342.

## Anwendbarkeit der geänderten Barwert-Verordnung

§ 1587a Abs. 3 Nr. 2 BGB; BarwertVO

BGH, Beschl. v. 23.7.2003 – XII ZB 152/01 – (OLG München)

**Die Ermittlung des Barwertes von Anrechten einer nicht-volldynamischen Versorgung (hier: Bayerische Apothekerversorgung) bestimmt sich seit dem 1.1.2003 nach der Barwert-Verordnung in der Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Barwert-Verordnung v. 26.5.2003 (BGBl. I S. 728). Den Bedenken des Senats im Beschluss v. 5.9.2001 (BGHZ 148, 351\*) ist durch die Änderung der Barwert-Verordnung Rechnung getragen.**

*Anm. der Red.:* Die – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene – Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2003, 3556, FamRZ 2003, 1639 und FPR 2003, 656.

Zur Entscheidung des BGH und zum – nicht rk. – Beschl. des OLG München vom 20.10.2003 (NJW 2003, 3571 – Rechtsbeschwerde: BGH XII ZB 248/03) s. die Besprechung von Bergner, NJW 2003, 3527. Vgl. ferner Gutdeutsch, FamRB 2003, 388.

\* *Anm. der Red.:* FF 2001, 201 = FamRZ 2001, 1695.